

# Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg

Mr. dr. A.G.H. Klaassen\*

## 1 Inleiding

In de zorg heeft zich de laatste jaren een aantal incidenten voorgedaan zoals in het Radboud ziekenhuis, het Twenteborg ziekenhuis, de IJsselmeerziekenhuizen en het Diaconessenhuis in Meppel. Onderzoeken naar de oorzaken hiervan hebben aan het licht gebracht dat het bestuur en het interne toezicht tekort zijn geschoten.<sup>1</sup> Om ervoor te zorgen dat bestuurders en toezichthouder van zorgaanbieders hun verantwoordelijkheid beter kunnen waarmaken worden in het voorstel van de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden uitgebreid en nader ingevuld.<sup>2</sup> Momenteel stellen de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en het Uitvoeringsbesluit WTZi extra eisen aan de bestuursstructuur van zorginstellingen, in aanvulling op de regels van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>3</sup> Wanneer de Wcz van kracht wordt, komen deze bepalingen te vervallen.<sup>4</sup> De paragraaf 'Goed bestuur' bevat een aantal eisen waaraan door een zorgaanbieder moet worden voldaan. Het betreft drie wetsartikelen. Artikel 39 gaat over het toepassingsbereik van deze paragraaf. In artikel 40 worden de eisen opgesomd waaraan de statuten van een zorgaanbieder moeten voldoen. Artikel 41 legt de bevoegdheden van de cliëntenraad vast.

De vragen die in deze bijdrage aan de orde komen, zijn: hoe moet de paragraaf 'Goed bestuur' uit het wetsvoorstel Wcz worden beoordeeld in het licht van Boek 2 BW en kan er wat verbeterd worden en, zo ja, hoe?<sup>5</sup>

De opzet is als volgt. In paragraaf 2 behandel ik het toepassingsbereik van de paragraaf 'Goed bestuur'. Paragraaf 3 gaat over de noodzaak tot statutenwijziging. In paragraaf 4 ga ik in op de positie van aandeelhouders en leden. In paragraaf 5 en 6 komen de bepalingen die specifiek gelden voor het bestuur respectievelijk voor het toezichthoudend orgaan aan

\* Ageeth Klaassen is universitair docent ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, sectie Handels- en ondernemingsrecht.

1 Onderzoeksraad voor de veiligheid, *Een onvolledig bestuurlijk proces: hartchirurgie in UMC St. Radboud*, Den Haag: Ovv 2008; Onderzoeksraad voor de veiligheid, *Brand in een operatiekamer. Twenteborgziekenhuis, Almelo, 28 september 2006*, Den Haag: Ovv 2008; IGZ, *Rapport van het onderzoek naar het peroperatief proces in de IJsselmeerziekenhuizen te Lelystad en Emmeloord op 5 en 12 september 2008*, Amsterdam: IGZ 2008; IGZ, *Rapport naar aanleiding van het onderzoek naar de organisatie en kwaliteit van het medisch specialistische functioneren in het Diaconessenhuis te Meppel*, IGZ 2006.

2 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64.

3 Art. 7 lid 3 sub c jo. art. 9 lid 1 sub b WTZi en art. 6.1. tot en met 6.5 Uitvoeringsbesluit WTZi.

4 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64.

5 Zie ook de bijdrage van J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling', *TvGR* 2010, p. 624 e.v. Sijmons richt zich in zijn bijdrage vooral op goed bestuur in een brede context. In deze bijdrage leg ik de nadruk op de verhouding tussen de Wcz en Boek 2 BW.

de orde. In paragraaf 7 ga ik in op de positie van de cliëntenraad. De conclusie en de aanbevelingen volgen in paragraaf 8.

## 2 Toepassingsbereik

In artikel 39 lid 1 staat dat de paragraaf 'Goed bestuur' uitsluitend van toepassing is op zorgaanbieders die zorg doen verlenen door in de regel meer dan tien personen en die rechtspersoonlijkheid bezitten.<sup>6</sup> Zowel de voorwaarde van de omvang als die van de rechtspersoonlijkheid is een beperking ten opzichte van de overeenkomstige bepalingen in het Uitvoeringsbesluit WTZi. De grens van tien is volgens de memorie van toelichting (MvT) arbitrair. Gezocht is naar een evenwicht tussen het belang van deze verplichtingen en het voorkomen van onevenredige administratieve lasten en nalevingskosten.<sup>7</sup> De vraag is of deze grens juist is. De toepassing van deze paragraaf brengt een aantal verplichtingen voor de zorgaanbieder met zich mee, met name de verplichting van een toezichthoudend orgaan. Bovendien worden de positie, de taak en de bevoegdheden van dit toezichthoudend orgaan in het wetsvoorstel gedetailleerd uitgewerkt en versterkt. Dit zijn meer verplichtingen dan de WTZi stelt. In het algemeen kan gezegd worden dat toezicht op het bestuur van groot belang is, maar dit toezicht dient wel te worden toegesneden op de omvang van de zorgaanbieder.<sup>8</sup> Een grens van tien lijkt mij dan veel te laag. Voor de zorgaanbieder die aan net meer dan tien personen zorg doet verlenen, stelt het wetsvoorstel te zware eisen aan het toezichthoudend orgaan. Een hogere grens is nog meer gewenst omdat in de MvT staat dat wanneer zorgaanbieders deel uitmaken van een groep in de zin van artikel 2:24b BW, voor elke zorgaanbieder die zorg doet verlenen de verplichting tot het instellen van een toezichthoudend orgaan geldt.<sup>9</sup> Dit lijkt mij overbodig. Een toezichthoudend orgaan per groep is in beginsel voldoende, tenzij de omvang van een van de groepsleden zodanig groot is dat een afzonderlijk toezichthoudend orgaan gerechtvaardigd is. In de praktijk zou een zorgaanbieder voor iedere rechtsvorm waarin hij zorg doet verlenen aan meer dan tien personen (bijvoorbeeld de moederstichting en haar zorg-bv's), in die rechtsvorm een toezichthoudend orgaan moeten instellen. Meestal zullen de leden van de verschillende toezichthoudende organen in een groep uit dezelfde personen bestaan. Een toezichthoudend orgaan bij elke zorg-bv voegt dan weinig toe. Dit leidt tot een disproportioneel apparaat. Het toezichthoudend orgaan bij de stichting dient ook toezicht te houden op de zorg-bv's.<sup>10</sup> Gewaarborgd moet alleen worden dat in elk geval, zoals in dit voorbeeld, toezicht op het niveau van de stichting plaatsvindt. Ik heb er te weinig zicht op om op dit punt een concreet voorstel te doen voor de vereiste omvang.

6 De paragraaf 'Goed bestuur' geldt niet voor academische ziekenhuizen. Zie art. 39 lid 2. Uitsluitend art. 41 lid 3 is van toepassing op academische ziekenhuizen.

7 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 59.

8 Zie over proportioneel intern toezicht: J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?', in: A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2010, p. 240 e.v.; H.E.G.M. Hermans & G.R.M. Scholten, 'Raden van toezicht bij zorginstellingen: een doorgeschooten fenomeen', *Zorg & Financiering* 2008, p. 10 e.v.

9 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 91/92.

10 HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem*), r.o. 9.2 en SER-advies 1984/06 (zie <www.ser.nl>).

Wat verder opvalt, is dat de toepassing van de paragraaf 'Goed bestuur' beperkt wordt tot zorgaanbieders die rechtspersoonlijkheid hebben. Uit de MvT blijkt niet wat de achtergrond van deze keuze is en welke soort rechtspersoonlijk wordt bedoeld.<sup>11</sup> Gaat het om rechtspersoonlijkheid in de zin van Boek 2 en/of Boek 7? Wanneer het wetsvoorstel Vaststelling titel 7.13 (vennootschappen) van het BW en de Invoeringswet<sup>12</sup> (eindelijk) kracht van wet krijgen, heeft dat tot gevolg dat er openbare vennootschappen zijn zonder en met rechtspersoonlijkheid. Is op deze groep van rechtspersonen de paragraaf 'Goed bestuur' van toepassing? Meer duidelijkheid op dit punt is gewenst.

### 3 Noodzaak tot aanpassing statuten

Artikel 40 somt alles op wat in de statuten van een zorgaanbieder moet worden geregeld met het oog op het waarborgen van goed bestuur van de rechtspersoon. In de MvT wordt niet toegelicht waarom de wetgever voor de noodzaak tot aanpassing van de statuten kiest. In mijn ogen is deze keuze niet de meest voor de hand liggende techniek. Bij de meeste bepalingen uit artikel 40 gaat het om dwingende regels, zo vat ik althans de meeste voorschriften uit het wetsvoorstel op. Hierbij is geen ruimte voor een eigen invulling door de zorgaanbieder. Het zou dan mijn voorkeur hebben dat deze voorschriften op grond van de wet werking krijgen. Aanpassing van de statuten is dan geen onmiddellijk vereiste. Zorgaanbieders zullen een jaar de tijd krijgen om hun statuten aan te passen aan de eisen die artikel 40 stelt, zo blijkt uit de MvT.<sup>13</sup> Mijn inschatting is dat maar weinig statuten van zorgaanbieders geheel aan de eisen van het wetsvoorstel zullen voldoet. In mijn ogen brengt dit wetsvoorstel een aanzienlijke verzwaring van de administratieve lasten voor zorgaanbieders met zich mee, terwijl dit niet nodig is.

### 4 Positie van aandeelhouders en leden

In het wetsvoorstel wordt geen enkel woord gewijd aan de positie van aandeelhouders, terwijl de nv en de bv aandeelhouders kennen.<sup>14</sup> Datzelfde geldt voor de positie van leden binnen een vereniging of coöperatie. In de brief 'Ruimte en rekenschap' staat dat de aanscherping van eisen van goed bestuur en toezicht betekent dat de invloed van aandeelhouders nader zal worden ingeperkt. De zeggenschap moet binnen zorginstellingen gevrijwaard worden van de dominantie van kapitaalverschaffers, zo schrijft de minister.<sup>15</sup> We zullen in de paragrafen 5 en 6 zien op welke wijze het wetsvoorstel de invloed van de aandeelhouders en leden beperkt. Hierover kan in het algemeen worden gezegd dat bevoegdheden die bij rechtsvormen als de bv en de coöperatie normaal gesproken bij de

11 De Zorgbrede Governancecode 2010 (ZGC) noemt juist de personenvennootschap in verband met de nieuwe te verwachten openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Zie art. 1.2 ZGC en de toelichting op p. 37.

12 *Kamerstukken II* 2002/03-2003/04, 28 746, nr. 1-6 en *Kamerstukken I* 2004/05-2007/08, 28 746, nr. A-F; *Kamerstukken II* 2006/07-2009/10, 31 065, nr. 1-29 en *Kamerstukken I* 2009/10-2010/11, 28 746, nr. A-B.

13 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 167.

14 Het woord 'aandeelhouders' wordt eenmaal genoemd, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 145.

15 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 30 en 32.

aandeelhouders en leden berusten, op grond van dit wetsvoorstel toekomen aan het toezichthoudend orgaan. Belangrijke vraag is of dit wenselijk is.<sup>16</sup> Hoewel de stichting, die geen aandeelhouders kent, de meest voorkomende rechtsvorm in de zorg is,<sup>17</sup> heeft een zorgaanbieder de keuzevrijheid om voor een andere rechtsvorm te kiezen.<sup>18</sup> Indien een zorgaanbieder bijvoorbeeld kiest voor een bv heeft het wetsvoorstel tot gevolg dat de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) buitenspel wordt gezet. Door de genoemde marktwerking ligt een keuze voor andere rechtsvormen dan een stichting, bijvoorbeeld een bv (ook door de verwachte flexibilisering<sup>19</sup>), voor de hand. Zeker nu in het regeerakkoord staat dat gereguleerde winstuitkeringen in de zorg zullen worden ingevoerd.<sup>20</sup> Een andere rechtsvorm die zijn intrede heeft gedaan in de zorg is de coöperatie. Ook voor deze rechtsvorm zou het wetsvoorstel tot gevolg hebben dat de algemene ledenvergadering (ALV) en de leden een beperkte rol gaan spelen. Dat bevoegdheden die normaal gesproken aan de AvA of de ALV toekomen aan het toezichthoudend orgaan worden toegekend, is in strijd met de democratische opzet van deze rechtsvormen in Boek 2 BW.<sup>21</sup> De AvA en de ALV zijn een fundamenteel element binnen deze rechtsvormen. Het gaat mijns inziens te ver om bepaalde dwingende bevoegdheden van dit orgaan over te hevelen naar het toezichthoudend orgaan, zonder dat hiervoor een goed onderbouwde motivering wordt gegeven. Daarnaast wordt door het onthouden van zeggenschap aan aandeelhouders en leden in mijn ogen een middel onbenut gelaten om toezicht op de bestuurders en toezichthouders te houden.<sup>22</sup> Eventuele problemen die kunnen ontstaan door de deelname van aandeelhouders of leden kunnen op een andere wijze worden opgelost.<sup>23</sup> Beperking van zeggenschap lijkt mij niet de aangewezen weg.

## 5 Bestuur

### 5.1 Taakverdeling

Om het belang van kwaliteit van zorg als een apart onderwerp van het bestuur te benadrukken is in artikel 40 lid 2 bepaald dat de statuten één of meer bestuurders dienen aan te wijzen die in het bijzonder is of zijn belast met de zorg voor kwaliteit als bedoeld in hoofdstuk 2 ('Goede zorg'). Hiermee hebben zorgverzekeraars, cliënten en de Inspectie voor de

16 Zie ook W.K. Bischof & A. Hendrikse, 'Marktwerking in de zorg, hoe verder?', *Ondernemingsrecht* 2009, nr. 131 en L. Houwen, 'Van democratisering naar professionalisering en commercialisering van het bestuur van zorginstellingen', in: L. Houwen, P. Bergkamp & L. Arends (red.), *Governance en ondernemerschap in de zorg*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25.

17 Zie K.H. Pelzer & R. Schallenberg, *Good governance bij zorgorganisaties. Code en praktijk in continue ontwikkeling. Evaluatie van de Zorgbrede Governancecode*, Utrecht: Governance Support 2008, p. 7 (97% is een stichting).

18 Dit wordt bevestigd in *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 9.

19 Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstukken II* 2006/07-2009/10, 31 058, nr. 1-30 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A) en Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstukken II* 2009/10-2010/11, 32 426, nr. 1-8).

20 Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en verantwoordelijkheid*, p. 18.

21 Zie ook G.J.C. Rensen, 'De juridische inrichting van de maatschappelijke onderneming', *Ondernemingsrecht* 2010, nr. 42 t.a.v. het wetsvoorstel de maatschappelijke onderneming.

22 De Jongh, Schild & Timmerman 2010 (zie noot 8), p. 242.

23 Zie ook Bischof & Hendrikse 2009 (zie noot 16).

Gezondheidszorg (IGZ) een duidelijk aanspreekpunt binnen het bestuur, aldus de MvT.<sup>24</sup> Het wetsvoorstel wil hiermee duidelijk maken dat het bestuur te allen tijde, en primair, verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de zorg die in het kader van de instelling wordt geleverd.<sup>25</sup> Deze vereiste statutaire taakverdeling van artikel 40 lid 2 kan een omstandigheid zijn die bij de vraag van aansprakelijkheid van bestuurders een rol kan spelen. In artikel 2:9 (nieuw) BW wordt door het Wetsvoorstel bestuur en toezicht<sup>26</sup> gecodificeerd dat een taakverdeling een relevante omstandigheid is voor de beoordeling van een disculpatiegrond. De bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld, zal moeten aantonen dat mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ook moet hij aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het handelen of nalaten door de andere bestuurders, die wel die taak hebben, af te wenden.<sup>27</sup> Overigens wordt in de MvT bij de Wcz nadrukkelijk opgemerkt dat deze verantwoordelijkheidsverdeling niet betekent dat de andere bestuurders niet langer verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van de zorg.<sup>28</sup> Onduidelijk is wat hiermee precies wordt bedoeld. Deze passage kan betekenen dat de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg, net zoals de verantwoordelijkheid voor het financiële beleid, zozeer tot de kerntaak behoort, dat deze steeds tot de verantwoordelijkheid van het gehele bestuur behoort. Of de MvT wil erop wijzen dat bestuurders die niet de portefeuille kwaliteit van zorg hebben, toezicht moeten houden op de bestuurder met deze portefeuille als uitvloeisel van de collectieve verantwoordelijkheid. Meer toelichting op dit punt zou wenselijk zijn. In elk geval is duidelijk dat bestuurders met de kwaliteits- en veiligheidsportefeuille zich niet heel eenvoudig zullen kunnen disculperen bij aansprakelijkheid van het bestuur wegens onbehoorlijke taakvervulling.<sup>29</sup>

## 5.2 Benoeming, schorsing, ontslag en bezoldiging van bestuurders

Voor een zorgaanbieder gaat op grond van artikel 40 lid 1 sub e gelden dat de statuten dienen te bepalen dat het toezichthoudend orgaan de besluiten neemt over het benoemen, schorsen, ontslaan en bezoldigen van de bestuursleden. Sub f voegt daaraan toe dat de leden van het bestuur worden benoemd aan de hand van een door de zorgaanbieder opgestelde profielschets. Met het oog op de gewenste professionalisering van bestuur en toezicht in de zorg wordt het van belang geacht dit vast te leggen, zo staat in de MvT.<sup>30</sup>

### • Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders

Het wetsvoorstel wijkt voor wat betreft de bevoegdheden tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders door het toezichthoudend orgaan af van wat is voorgeschreven

24 Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 65.

25 Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 9, 12 en 65.

26 Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (Kamerstukken II 2008/09-2009/10, 31 763, nr. 1-21, Kamerstukken I 2009/10-2010/11, nr. A-D).

27 Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8/9. Zie recentelijk Hof Amsterdam 21 september 2010, LJN BN6929 (Stichting Freule Lauta van Aysma).

28 Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 65.

29 Zie ook Sijmons 2010 (zie noot 5), p. 634.

30 Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.

voor bepaalde rechtsvormen in Boek 2 BW.<sup>31</sup> Bij een vereniging en (structuur)coöperatie worden de bestuurders benoemd, geschorst en ontslagen door de ALV.<sup>32</sup> Bij een nv/bv is dat niet de ALV, maar de AvA.<sup>33</sup> Dit is anders bij een structuur-nv/bv: dan benoemt, schorst en ontslaat de raad van commissarissen (RvC) de bestuurders.<sup>34</sup> Boek 2 BW bevat voor de stichting geen andere bepaling dan dat de statuten de wijzen van benoeming en ontslag dienen te regelen.<sup>35</sup> Dit geldt ook voor schorsing. Wanneer een raad van toezicht (RvT) aanwezig is, zal dit orgaan de bevoegdheden uitoefenen. In de MvT ontbreekt de motivering waarom wordt afgeweken van Boek 2 BW indien de zorgaanbieder een rechtsvorm heeft anders dan de stichting en de structuur-nv/bv.

Bij de structuur-nv/bv komt de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders toe aan het toezichthoudend orgaan vanwege een optimale invulling van de rol als toezichthouder en het zorgen voor het vereiste evenwicht tussen het bestuur, de RvC en de AvA.<sup>36</sup> Over het ontslag moeten de aandeelhouders wel gehoord worden.<sup>37</sup> De reden voor deze toevoeging is dat commissarissen zich zullen te hebben verantwoordend waardoor een willekeurige uitoefening van de bevoegdheid tot verlening van ontslag wordt tegengegaan.<sup>38</sup> Gezien de maatschappelijke rol die zorgaanbieders vervullen, kan ik mij voorstellen dat de wetgever het niet wenselijk vindt dat de leden of aandeelhouders directe invloed op het bestuur van een zorgaanbieder kunnen uitoefenen. Het is niet nodig de aandeelhouders en leden geheel buitenspel te zetten. Een uitleg over die keuze is op z'n minst wenselijk.

- *Beloning*

In het wetsvoorstel is bepaald dat het toezichthoudend orgaan besluit over de bezoldiging van bestuurders. Indien aan bestuurders van een vereniging of een coöperatie een beloning wordt toegekend, kunnen de statuten bepalen wie de beloning van bestuurders vaststelt. Zo niet, dan zal de ALV bevoegd zijn. Bij een (structuur-)nv stelt de AvA het bezoldigingsbeleid vast. Bezoldiging van een individuele bestuurder kan geschieden door een ander orgaan (vaak de RvC), indien de statuten dat bepalen. Voor de (structuur-)bv geldt dat de AvA de beloning vaststelt, tenzij de statuten anders bepalen.<sup>39</sup> De statuten bij een stichting zullen ook doorslaggevend zijn omdat Boek 2 BW geen bepaling bevat. Kortom, op grond van Boek 2 BW bestaat bij de vaststelling van de beloning van een (individuele) bestuurder statutaire vrijheid. Dat het wetsvoorstel deze bevoegdheid – het bezoldigen van bestuursleden – toekent aan het toezichthoudend orgaan leidt niet tot afwijking van Boek 2 BW. Mijns inziens is er geen bezwaar om deze bevoegdheid toe te kennen aan het toezichthoudend orgaan.

31 Vgl. art. 3.2.2 ZGC.

32 Zie art. 2:37 lid 2 en 6 BW. Zie ook lid 3.

33 Art. 2:132 en 2:134 BW. Zie ook art. 2:133 BW. Bovendien kan de RvC een bestuurder schorsen, zie art. 2:147/257 BW.

34 Art. 2:162 BW jo art. 2:134 BW.

35 Zie art. 2:286 lid 1 sub 4 BW.

36 Zie F.B.J. Grapperhaus & G.W.Ch. Visser, *Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, art. 2:162 BW.

37 Art. 2:162 2° zin BW.

38 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 18.

39 Art. 2:40 lid 1 BW; art. 2:135 lid 1 en 3 BW; art. 2:245 BW.



- *Profielschets*

Bestuurders zullen op basis van het wetsvoorstel worden benoemd aan de hand van een profielschets. In de MvT wordt niet de meerwaarde van een profielschets voor een bestuurder uitgelegd. Dit is vreemd omdat Boek 2 BW geen profielschets voor bestuurders kent. Boek 2 BW kent wel een profielschets voor commissarissen van een structuur-nv/bv.<sup>40</sup> Waarschijnlijk wordt een profielschets van belang geacht omdat het de transparantie ten goede komt wanneer bij voorbaat vaststaat aan welke eisen een kandidaat moet voldoen om geschikt te zijn voor de vervulling van een vacature en om zekerheid te bieden dat in dit geval het bestuur behoorlijk zal zijn samengesteld.<sup>41</sup> De profielschets wordt, volgens de tekst van artikel 40, opgesteld door de zorgaanbieder. Het toezichthoudend orgaan, als benoemende instantie en in de rol van werkgever,<sup>42</sup> is meer de aangewezen instantie om dat te doen.<sup>43</sup>

## 6 Toezichthoudend orgaan

### 6.1 *Verplichting en taak*

Het wetsvoorstel bepaalt in artikel 40 lid 1 sub a dat bij zorgaanbieders waarvoor de paragraaf 'Goed bestuur' geldt, de statuten zodanig zijn ingericht dat er een toezichthoudend orgaan is. Op grond van Boek 2 BW is een RvC alleen verplicht bij een structuur-nv/bv en een structuurcoöperatie.<sup>44</sup> Het toezichthoudend orgaan betreft, volgens de MvT, een RvT of een RvC, afhankelijk van de rechtsvorm van de zorgaanbieder en zijn voorkeur. Een afzonderlijk orgaan, naast het bestuur, voor het interne toezicht wordt van belang geacht voor een helder onderscheid in taken en bevoegdheden.<sup>45</sup>

Artikel 40 lid 1 sub a luidt: "er een orgaan is dat tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van *het bestuur* en de algemene gang van zaken *bij de zorgverlening* [cursivering AGHK], en het bestuur met raad ter zijde te staan". Op grond van artikel 6.1 sub a Uitvoeringsbesluit WTZi is vereist dat er een orgaan is dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat. Er wordt in het Uitvoeringsbesluit WTZi dus niet gekozen voor een zuiver RvT-model. Doet het wetsvoorstel dit wel, een scherper afgebakend onderscheid tussen bestuur en toezicht is wenselijk,<sup>46</sup> dan is het mijn aanbeveling om de tekst aan te passen. Ik verwijs naar artikel 307c lid 1 van het ingetrokken wetsvoorstel over de maatschappelijke onderneming,<sup>47</sup> waarin wel uitdrukkelijk wordt bepaald dat er een RvT is. De tekst zou kunnen luiden: "De zorgaanbieder heeft een raad van toezicht."

Het voorschrift, artikel 40 lid 1 sub a, geeft ook aan wat de taak is van het toezichthoudend orgaan. De wet geeft alleen een omschrijving van de taak van de RvC bij een coöperatie en

40 Zie art. 2:158/268 lid 3 BW. Art. 2:63f BW bevat geen bepaling over de profielschets.

41 Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 33. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 22.

42 Zie art. 4.1.1 ZGC.

43 Vgl. art. 307a van het ingetrokken wetsvoorstel over de maatschappelijke onderneming.

44 Art. 2:158/268 lid 1 BW en art. 2:63f lid 1 BW. Bij de andere rechtsvormen kan vrijwillig een RvC of een RvT worden ingesteld. Zie art. 2:57 BW en art. 2:140/250 BW.

45 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 142.

46 Zie ook L.G.H.J. Houwen, 'Toezicht op zorgondernemingen', *NJB* 2005, p. 1231.

47 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 2.

een (structuur-)nv/bv. Deze bepaling uit het wetsvoorstel lijkt op de artikelen 2:57 lid 2 en 2:140/250 lid 2 BW. De MvT geeft geen duidelijkheid over de betekenis van de woorden 'bij de zorgverlening'. Betekent dit een beperktere taak voor het toezichthoudend orgaan van een zorgaanbieder of wordt de bijzondere taakopdracht van het toezichthoudend orgaan benadrukt? Het laatste ligt voor de hand. Uit de MvT blijkt dat het toezichthoudend orgaan van zorgaanbieders het bewaken en bevorderen van de kwaliteit en veiligheid van zorg als eerste prioriteit dient te beschouwen.<sup>48</sup> Indien het gaat om een bijzondere taakopdracht, dan is de toevoeging waarschijnlijk te verklaren, maar in mijn ogen kan het niet de bedoeling zijn dat de RvT de 'rest' van zijn taak uit het oog verliest. Mijn voorkeur gaat uit naar een algemene formulering, zonder de toevoeging 'bij de zorgverlening'.

## 6.2 Samenstelling

De statuten van een zorgaanbieder dienen volgens artikel 40 lid 1 met het oog op het waarborgen van goed bestuur van de rechtspersoon zodanig ingericht te zijn dat er eisen worden gesteld aan de samenstelling van het toezichthoudend orgaan.

- *Natuurlijk persoon, onafhankelijk en kritisch*

In onderdeel b van artikel 40 lid 1 is bepaald dat de statuten zodanig moeten worden ingericht dat het toezichthoudend orgaan zodanig is samengesteld dat de leden van het toezichthoudend orgaan natuurlijke personen zijn die geen persoonlijk belang hebben bij de zorgverlening. Daarnaast zou in de statuten moeten worden vastgelegd dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch moeten kunnen opereren.<sup>49</sup> Het enige wat Boek 2 BW bepaalt over de samenstelling van de RvC bij structuurrechtspersonen is dat deze dient te bestaan uit natuurlijke personen.<sup>50</sup> Volgens de MvT dienen de leden van het toezichthoudend orgaan onafhankelijk te zijn, dat wil zeggen dat zij zonder last of ruggespraak kunnen functioneren.<sup>51</sup> Hieruit volgt, zo staat in de MvT, dat leden van het toezichthoudend orgaan niet tevens deel uit kunnen maken van het bestuur van de zorgaanbieder.<sup>52</sup> Onafhankelijkheid vereist uitsluiting van (de schijn van) belangenverstrengeling.<sup>53</sup> Die onafhankelijkheid is volgens de MvT essentieel voor het onderzoeken, bevragen, beoordelen en ingrijpen, zoals dat van een interne toezichthouder verwacht mag worden.<sup>54</sup> In mijn ogen regelt het wetsvoorstel terecht dat de leden van het toezichthoudend orgaan alleen natuurlijke personen kunnen zijn. Niet de statuten moeten dit waarborgen, maar de wet zelf. Over het andere wat in sub b staat, ben ik van mening dat de zorgaanbieder dit kan invullen in de statuten. De wet hoeft slechts te bepalen dat er bepaalde eisen gelden voor de samenstelling van het toezichthoudend orgaan.

48 *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64.*

49 Dit staat ook in art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

50 Art. 2:57 lid 1 BW en art. 2:140/150 BW.

51 *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 66.*

52 Art. 6 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi bepaalt dat expliciet.

53 *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 66.*

54 *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.*



- *Drie leden*

Onderdeel c van artikel 40 lid 1 schrijft voor dat in de statuten moet staan dat het toezichthoudend orgaan bestaat uit ten minste drie leden. Dit is om te waarborgen dat belangrijke afwegingen van het toezichthoudend orgaan in een dialoog door meerdere personen kunnen worden voorbereid en gemaakt, zo staat in de MvT. Dit waarborgt tevens dat in geval van ontstentenis van één van de leden de toezichthoudende functie kan blijven worden uitgeoefend.<sup>55</sup> Ook de structuurcoöperatie en de structuur-nv/bv kennen de eis van ten minste drie leden.<sup>56</sup> Naar mijn mening dient dit niet overgelaten te worden aan de statuten, de wet dient deze eis zelf te stellen. De statuten kunnen dan eventueel bepalen hoeveel leden er daadwerkelijk moeten zijn.

- *Goede taakvervulling*

Onderdeel d van artikel 40 lid 1 bepaalt dat statutair gewaarborgd dient te zijn dat de leden van het toezichthoudend orgaan in staat zijn tot een goede taakvervulling.<sup>57</sup> De invulling hiervan kan in mijn ogen inderdaad aan de statuten worden overgelaten. In een AMvB zullen, volgens artikel 40 lid 3, nog nadere eisen worden gesteld aan de leden van het toezichthoudend orgaan, met het oog op hun onafhankelijkheid. Wanneer gebruik wordt gemaakt van deze gedelegeerde bevoegdheid, zal daarbij volgens de MvT rekening worden gehouden met de bestaande governancecodes.<sup>58</sup> De MvT wijst er nog op dat om deze belangrijke (toezichthoudende) taak goed te kunnen vervullen, de leden van het toezichthoudend orgaan daar voldoende tijd voor beschikbaar zullen moeten hebben. Zorgaanbieders kunnen een maximum stellen aan het aantal nevenfuncties.<sup>59</sup> De MvT verwijst niet naar het amendement van het Tweede Kamerlid Irrgang op het Wetsvoorstel bestuur en toezicht.<sup>60</sup> Op grond hiervan zullen de artikelen 142a, 252a en 297b aan Boek 2 BW worden toegevoegd. Hierin wordt bepaald dat commissarissen of toezichthouders niet meer dan vijf commissariaten tegelijk kunnen bekleden, uitgezonderd groepsmaatschappijen. Voorzitterschappen tellen dubbel.<sup>61</sup> De limitering is ook van toepassing op stichtingen omdat de problemen zich niet beperken tot de private sector, maar evengoed voorkomen in de (semi)publieke sector, aldus de toelichting bij het amendement.

### 6.3 Benoeming, ontslag en bezoldiging van toezichthouders

Op grond van het wetsvoorstel, in artikel 40 lid 1 sub e, dienen de statuten te bepalen dat het toezichthoudend orgaan de besluiten neemt over het benoemen en bezoldigen van de leden van het toezichthoudend orgaan. Artikel 40 lid 4 gaat over het ontslag van leden van het toezichthoudend orgaan.

55 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 143.

56 Art. 2:63f lid 3 BW, art. 2:158 lid 2 BW en art. 2:268 lid 2 BW.

57 Zie ook art. 4.2.2 en de uitwerking in art. 4.2.3 t/m 4.2.5 ZGC.

58 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 143/144.

59 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 143. Zie ook art. 4.2.6 ZGC.

60 *Kamerstukken II 2009/10*, 31 763, nr. 20 en *Kamerstukken II 2009/10*, 31 058, nr. 27.

61 De limitering in het aantal functies geldt alleen voor de grotere vennootschappen en stichtingen.

- *Benoeming van toezichthouders*<sup>62</sup>

In de MvT staat dat uit het oogpunt van de gewenste onafhankelijkheid van de leden van het toezichthoudend orgaan en het onafhankelijk kunnen functioneren ervan, in de statuten vastgelegd dient te zijn dat het toezichthoudend orgaan bevoegd is om zijn eigen leden te benoemen.<sup>63</sup> Dit is in mijn ogen niet zo vanzelfsprekend als de MvT stelt. Bij een vereniging en een coöperatie is de regel dat de benoeming van commissarissen geschiedt door de ALV.<sup>64</sup> Voor een structuurcoöperatie geldt dat de commissarissen op voordracht van de RvC worden benoemd door de ALV.<sup>65</sup> Bij een nv en bv worden commissarissen benoemd door de AvA. In een structuur-nv/bv worden commissarissen op voordracht van de RvC benoemd door de AvA.<sup>66</sup> Bij een stichting benoemt de RvT vaak zijn eigen leden. Er is in mijn ogen dit keer geen reden om de leden of aandeelhouders bij rechtspersonen die leden of aandeelhouders hebben te passeren, zij vervullen ook een rol binnen een rechtspersoon, zij houden toezicht op de toezichthouder.<sup>67</sup> Afwijking van Boek 2 BW dient op zijn minst beter in de MvT gemotiveerd te worden, maar in mijn ogen moet in dit geval het democratisch karakter van deze rechtsvormen gerespecteerd worden.<sup>68</sup> Een mogelijke tussenoplossing kan zijn om bij rechtsvormen die een ALV of AvA kennen te kiezen voor de regeling zoals die geldt voor de structuurrechtspersonen. Zowel de toezichthouders als de leden dan wel de aandeelhouders zijn dan bij de benoeming betrokken. Bovendien dient de bevoegdheid niet te worden overgelaten aan de statuten, maar dient in de wet zelf te worden opgenomen wie de bevoegdheid tot benoeming heeft.

- *Beloning*

Toezichthouders gaan op grond van de statuten hun eigen beloning vaststellen. Bij de vereniging, coöperatie en de nv/bv is dat de ALV of de AvA, tenzij de statuten anders bepalen.<sup>69</sup> Aangezien Boek 2 BW geen bepaling bevat voor de stichting, zullen de bepalingen in de statuten doorslaggevend zijn. Aangezien Boek 2 niets dwingend regelt, kan het wetsvoorstel zonder meer bepalen dat de bevoegdheid toekomt aan het toezichthoudend orgaan. Dit dient alleen niet aan de statuten te worden overgelaten. De wet dient dit zelf te bepalen als men vindt dat deze bevoegdheid dwingend aan een bepaald orgaan moet toekomen. Als de betreffende rechtsvorm een ALV of AvA kent, is het te overwegen deze bevoegdheid aan dit orgaan te laten toekomen. De beloning van toezichthouders kan dan alleen worden verhoogd met instemming van de leden of aandeelhouders.

- *Ontslag van toezichthouders*

Voor wat betreft het ontslag van toezichthouders bepaalt artikel 40 lid 4 dat, op schriftelijk verzoek van het bestuur, het toezichthoudend orgaan of de cliëntenraad, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (OK) een lid van het toezichthoudend

62 Zie ook par. 7.1.

63 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.

64 P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2007, p. 162; G.J.H. van der Sagen, *Rechtspersonen* (losbladig), art. 2:57a, aant. 2.

65 Art. 2:63f lid 2 BW.

66 Art. 2:142/252 lid 1 BW en art. 2:158/268 lid 4 BW. Zie ook lid 12 van art. 2:158/268 BW.

67 Vgl. 4.2.1 ZGC.

68 Zie ook Rensen 2010 (zie noot 21) t.a.v. het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

69 Art. 2:57 lid 6 BW en art. 2:145/22 BW.

orgaan kan ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak of wegens andere gewichtige redenen op grond waarvan er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het toezicht-houdend orgaan niet zal voldoen aan het eerste lid onderdeel b.<sup>70</sup> Met het oog op het waarborgen van de gewenste onafhankelijkheid van het toezichthoudend orgaan ligt het volgens de MvT voor de hand om niet een ander orgaan van de instelling directe zeggenschap te geven over het toezichthoudend orgaan. Daarom wordt de tussenkomst van de rechter geregeld.<sup>71</sup> Ligt deze keuze inderdaad voor de hand?<sup>72</sup> Het meest kwetsbare punt aan de huidige regelgeving bij een stichting is het verantwoordingsvacuüm. Dat bestaat doordat er geen orgaan is dat de interne toezichthouder 'bij de les houdt'.<sup>73</sup> Dat geldt niet (of in beperkte mate) voor de andere rechtsvormen. Bij de vereniging en de coöperatie is het regel dat commissarissen worden ontslagen door de ALV.<sup>74</sup> Bij een gewone nv en bv wordt een commissaris geschorst en ontslagen door de AvA.<sup>75</sup> Bij een stichting berust de bevoegdheid tot ontslag vaak bij de RvT zelf. Voor de structuurcoöperatie en de structuurvennootschappen geldt dat de OK op verzoek een commissaris kan ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving van de commissaris redelijkerwijs niet van de rechtspersoon kan worden verlangd.<sup>76</sup> Daarnaast geldt voor de structuurvennootschappen dat de AvA het vertrouwen in de RvC kan opzeggen. Dit besluit heeft het onmiddellijk ontslag van de leden van de RvC tot gevolg.<sup>77</sup>

Een aanvulling bij de regel uit het voorstel voor de Wcz, bij rechtsvormen die een ALV of AvA kennen, kan de regeling zijn zoals die geldt bij de structuur-nv/bv. Naast de rechter, kan de AvA (of ALV) als *ultimum remedium* het vertrouwen in de toezichthouders opzeggen. Op z'n minst dient echter (een vertegenwoordiger van) de ALV of de AvA een verzoek bij de OK te kunnen doen. Des te opmerkelijker is dat op basis van het wetsvoorstel, anders dan bij de structuurrechtspersonen,<sup>78</sup> het verzoek ook kan worden gedaan door het bestuur.<sup>79</sup> In de MvT wordt deze keuze niet toegelicht. Het lijkt mij onwenselijk dat de onder toezicht gestelde invloed kan uitoefenen op zijn toezichthouder omdat het niet past in het systeem van ons rechtspersonenrecht.<sup>80</sup>

De gekozen gronden van het wetsvoorstel komen grotendeels overeen met de gronden die ook gelden voor de structuurrechtspersonen. Waarom er een verschil is, wordt in de MvT niet uitgelegd. Mijn aanbeveling is om de tekst van Boek 2 BW te gebruiken, indien er geen uitdrukkelijke redenen zijn om het anders te formuleren.

70 Zie voor een alternatief, RVZ, *Governance en kwaliteit van zorg*, Den Haag: RVZ 2009, p. 40.

71 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 71.

72 Vgl. art. 4.2.1 ZGC.

73 Zie hierover Algemene Rekenkamer, *Goed bestuur in uitvoering*, Den Haag: Algemene Rekenkamer 2008, p. 28.

74 Dijk & Van der Ploeg 2007 (zie noot 64), p. 162.

75 Art. 2:144/254 lid 1 BW.

76 Art. 2:63i lid 2 BW en art. 2:161/271 lid 2 BW.

77 Art. 2:161a/271a lid 1 en lid 3 BW.

78 Zie art. 2:63i lid 2 BW en art. 2:161 lid 2 BW.

79 Zie hierover Sijmons 2010 (zie noot 5), p. 633/634.

80 Zie ook Rensen 2010 (zie noot 21), p. 211.

#### 6.4 Bevoegdheden

In artikel 40 lid 1 onderdeel e wordt opgesomd van welke onderwerpen de statuten moeten bepalen waarover het toezichthoudend orgaan in ieder geval besluiten moet nemen. Het toezichthoudend orgaan dient op grond van de statuten de volgende besluiten goed te keuren: een wijziging van de statuten van de zorgaanbieder, een fusie waarbij de zorgaanbieder is betrokken en van een overdracht van de zeggenschap over de zorg of een onderdeel daarvan, een huisvestingsplan voor de lange termijn, de profielschets voor de leden van het toezichthoudend orgaan en de jaarrekening. Tot slot dienen de statuten te bepalen dat het toezichthoudend orgaan decharge aan het bestuur kan verlenen voor het gevoerde beleid.<sup>81</sup> Door het toezichthoudend orgaan meer en betere wettelijke bevoegdheden te geven om het bestuur goed te controleren wordt volgens de MvT bereikt dat het toezichthoudend orgaan wordt geprofessionaliseerd en zijn positie wordt versterkt.<sup>82</sup>

Met Sijmons ben ik van mening dat het gebrek aan toelichting op onderdeel e van artikel 40 lid 1 opmerkelijk is.<sup>83</sup> De wetgever introduceert hier – anders dan in het Uitvoeringsbesluit WTZi – zeer concrete statutaire bevoegdheden voor het toezichthoudend orgaan. Een nadere uitleg waarom deze bevoegdheden dienen toe te komen aan het toezichthoudend orgaan is gewenst. Overigens komt de opsomming niet geheel uit de lucht vallen. In de brochure *Goed bestuur in de zorg* van het Ministerie van VWS werd al de aanbeveling gedaan om bepaalde bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan toe te kennen.<sup>84</sup> Groot verschil tussen de brochure en het voorstel voor de Wcz is dat het bij deze brochure slechts gaat om een advies, bij het wetsvoorstel gaat het om een verplichting de statuten aan te passen zoals het wetsvoorstel dat voorschrijft. Mijn opvatting is dat deze bevoegdheden, wanneer zij daadwerkelijk aan het toezichthoudend orgaan zouden moeten toekomen, op grond van de wet aan het toezichthoudend orgaan moeten worden toegekend en niet op basis van de statuten.

- *Statutenwijziging*

De vereiste goedkeuring van het toezichthoudend orgaan bij een wijziging van de statuten van de zorgaanbieder is op zich niet opmerkelijk. Ook bij de structuurrechtspersonen heeft de RvC deze bevoegdheid op grond van de wet.<sup>85</sup> Bij deze structuurrechtspersonen dient de RvC ook een voorstel tot ontbinding van de rechtspersoon goed te keuren. Waarom hiervoor niet gekozen is, vermeldt de MvT niet.

- *Fusie, overdracht van zeggenschap en huisvestingsplan*

De bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan tot goedkeuring van een fusie waarbij de zorgaanbieder is betrokken en van een overdracht van de zeggenschap over de zorg of een onderdeel daarvan, en een huisvestingsplan voor de lange termijn, sluit aan bij artikel 33

81 In sub e staat ook het benoemen, schorsen, ontslaan en bezoldigen van de bestuursleden (zie par. 5.2).

82 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 66.

83 Zie Sijmons 2010 (zie noot 5), p. 633.

84 Genoemd werden benoeming en ontslag van de leden van de raad van bestuur; benoeming en ontslag van leden van de raad van toezicht; goedkeuren van strategische beslissingen van de raad van bestuur en vaststellen jaardocument (jaarverslag en jaarrekening). Ministerie van VWS, *Goed bestuur in de zorg*, Den Haag: Ministerie van VWS 2006, p. 16.

85 Art. 2:63j/164/274 sub g BW.

lid 4 sub b en c en artikel 36 lid 1 sub a en c van het wetsvoorstel. Op grond van deze bepalingen dient de cliëntenraad betrokken te worden bij de voorbereiding van dergelijke besluiten en daarover advies uit te brengen. Aangezien het gaat om strategische besluiten van een zorgaanbieder is het terecht dat het toezichthoudend orgaan een goedkeurende bevoegdheid heeft.<sup>86</sup>

- *Profielschets leden toezichthoudend orgaan*

Het goedkeuren van de profielschets voor de leden van het toezichthoudend orgaan is een andere bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan dat op grond van het wetsvoorstel in de statuten dient te worden opgenomen. De profielschets wordt opgesteld door de zorgaanbieder. De MvT geeft geen nadere toelichting. Zeker is dat een goede samenstelling van de RvT wordt bevorderd door het opstellen en hanteren van een profielschets.<sup>87</sup> Het lijkt mij alleen dat de RvT zelf, en niet de zorgaanbieder, dient te bepalen hoe de RvT samengesteld dient te zijn.<sup>88</sup>

- *Jaarrekening*

Ook de jaarrekening dient op grond van de statuten door het toezichthoudend orgaan te worden goedgekeurd. In de MvT staat dat deze taak aan het toezichthoudend orgaan is toegekend met het oog op de rol van klankbord en interne toezichthouder.<sup>89</sup> De MvT gaat niet in op de verhouding tussen deze bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan en de bevoegdheid van de AvA en ALV tot vaststelling van de jaarrekening wanneer de zorgaanbieder een rechtsvorm heeft die een van beide organen kent. Bij een vereniging legt het bestuur de balans en de staat van baten en lasten met een toelichting ter goedkeuring voor aan de ALV. Bij een commerciële vereniging en een coöperatie wordt de jaarrekening vastgesteld door de ALV. Bij een nv/bv is dat de AvA. Bij een (commerciële) stichting wordt de jaarrekening uiterlijk een maand na afloop van de termijn vastgesteld door het daartoe volgens de statuten bevoegde orgaan. Indien de statuten deze bevoegdheid niet aan enig orgaan verlenen, komt deze bevoegdheid toe aan het toezichthoudend orgaan en bij gebreke daarvan aan het bestuur.<sup>90</sup> Op zich is goedkeuren iets anders dan vaststellen, in zoverre kunnen de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en de ALV of de AvA naast elkaar bestaan.<sup>91</sup> Of dat de bedoeling is, kan worden betwijfeld, gezien de sterke positie die het toezichthoudend orgaan geacht wordt in te nemen en de beperkte rol die de leden en de aandeelhouders krijgen als gevolg van de toewijzing van een aantal bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan. Meer duidelijkheid in de MvT is op dit punt gewenst.

86 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 58.

87 Zie art. 4.2.8 ZGC.

88 Vgl. art. 307c lid 4 van het ingetrokken wetsvoorstel maatschappelijke onderneming.

89 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.

90 Art. 2:48 BW, art. 2:49 lid 3 en art. 2:58 lid 1 BW, art. 2:101/210 lid 3 BW en art. 2:300 lid 3 BW.

91 Onder de 'oude' structuurregeling stelt de RvC de jaarrekening vast en de AvA keurde deze goed (art. 2:163/273 (oud) BW). Zie over de begrippen 'vaststelling' en 'goedkeuring', H. Beckman & L. Timmerman, 'Vaststelling en goedkeuring van de jaarrekening', *Ondernemingsrecht* 2002, nr. 8.

- *Decharge*

Bovendien dient in de statuten aan het toezichthoudend orgaan de bevoegdheid tot decharge van de bestuurder te worden toegekend. Reden hiervoor is wederom de rol van klankbord en interne toezichthouder die het toezichthoudend orgaan dient te vervullen.<sup>92</sup> De term 'decharge' zal men in Boek 2 BW tevergeefs zoeken, de term in Boek 2 BW is 'kwijting'. In Boek 2 staat nergens wettelijk vastgelegd wie de bevoegdheid tot decharge heeft. Algemeen wordt aangenomen dat binnen de vereniging en de (structuur)coöperatie de ALV als dechargerend orgaan optreedt.<sup>93</sup> Voor de nv en bv en de structuurvarianten geldt dat de AvA decharge verleend.<sup>94</sup> Bij een stichting wordt aangenomen dat, indien er een RvT is, hij besluit tot het verlenen van decharge.<sup>95</sup> In de MvT wordt geen toelichting gegeven waarom wordt afgeweken van de heersende opvatting.<sup>96</sup> Verdedigbaar is dat het toezichthoudend orgaan als benoemende instantie de bestuurders dechargeert en de ALV en de AvA de toezichthouders.<sup>97</sup> Belangrijk argument om de bevoegdheid tot decharge van bestuurders (en toezichthouders) aan de ALV of AvA<sup>98</sup> toe te kennen is dat aan dit orgaan rekenschap en verantwoording moet worden afgelegd.<sup>99</sup> Dit kan een reden zijn om dit orgaan deze bevoegdheid te laten behouden. Een nadere toelichting over de afweging die is gemaakt, is gewenst.

#### 6.5 Aansprakelijkheid van toezichthouders

Ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling van bestuurders kan op grond van artikel 2:9 BW leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon. Vraag is of artikel 2:9 BW ook geldt voor toezichthouders. Een overeenkomstige bepaling zoals artikel 2:149/259 BW bij de nv en bv, ontbreekt voor de commissaris van een vereniging, coöperatie of stichting.<sup>100</sup> De Rechtbank Amsterdam heeft bevestigd dat artikel 2:9 BW niet van toepassing is op de taakvervulling door de RvT bij een stichting.<sup>101</sup> In het wetsvoorstel bepaalt artikel 40 lid 5 dat op de leden van het toezichthoudend orgaan artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing is.

In de MvT staat dat het functioneren van het toezichthoudend orgaan toetsbaar moet worden gemaakt, zoals dat ook het geval is met het functioneren van het bestuur. Daarom wordt artikel 2:9 BW op hen van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>102</sup> Net als Sijmons vind ik dat door het wetsvoorstel een lacune in de aansprakelijkheidsregeling van Boek 2 BW wordt hersteld.<sup>103</sup> Overigens zal niet iedereen zich hierin kunnen vinden. De Raad

92 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.

93 Dijk & Van der Ploeg 2007 (zie noot 64), p. 217.

94 H. Beckman, 'Decharge en interne aansprakelijkheid', in: J.R. Glasz, H. Beckman & J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 259 en 262.

95 Dijk & Van der Ploeg 2007 (zie noot 64), p. 217.

96 Vgl. art. 4.2.1 ZGC.

97 Beckman 1994 (zie noot 94), p. 262.

98 Dit geldt uiteraard niet voor de stichting, die dit orgaan niet kent.

99 Beckman 1994 (zie noot 94), p. 261.

100 Voor een vereniging, coöperatie en een stichting die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting geldt art. 2:9 BW wel, zie art. 2:50a en 2:300a BW. Zorgactiviteiten zijn vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting.

101 Rb. Amsterdam 26 maart 2008, *JOR* 2008/126 (*Hestia*).

102 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 144.

103 Sijmons 2010 (zie noot 5), p. 634.



voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) is geen voorstander van het toepassen van artikel 2:9 BW op toezichthouders. Argument is dat de kosten van de instelling hierdoor zullen toenemen, omdat toezichthouders een aansprakelijkheidsverzekering zullen willen sluiten. Fundamenteeler is het bezwaar dat persoonlijke aansprakelijkheid niet in verhouding staat tot de verantwoordelijkheid die een toezichthouder draagt voor het functioneren van een zorginstelling.<sup>104</sup> Beide argumenten lijken mij achterhaald. Naarmate de rol van toezichthouders professionaliseert, mogen aan de invulling van die toezichthoudende rol zwaardere eisen worden gesteld. Dit heeft dan ook logischerwijs gevolgen voor de aansprakelijkheidspositie van de toezichthouder.

## 7 Cliëntenraad

### 7.1 Bindende voordracht

In artikel 7 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ) is voorzien in de bevoegdheid voor de cliëntenraad om een bestuurslid van de zorgaanbieder te benoemen, dan wel, indien het bestuur van de zorgaanbieder in handen is van personen in dienst van de zorgaanbieder, een lid te benoemen van het toezichthoudend orgaan van de zorgaanbieder. In het licht van een heldere toedeling van verantwoordelijkheden wordt het volgens de MvT niet langer gewenst geacht zorgaanbieders te verplichten cliëntenvertegenwoordigers in hun bestuur op te nemen. Het recht voor de cliëntenraad om een bindende voordracht te doen voor een lid van het toezichthoudend orgaan, is gehandhaafd.<sup>105</sup> Omdat cliëntgerichtheid in de zorg een zeer belangrijk aspect is, is met dit artikel 41 lid 1 voorzien in het recht voor de cliëntenraad dan wel de gezamenlijke cliëntenraden<sup>106</sup> van de zorgaanbieder om voor één lid van het toezichthoudend orgaan een bindende voordracht te doen. Ook voor het op deze wijze voorgedragen lid van het toezichthoudend orgaan geldt dat hij zonder last of ruggespraak moet handelen, zo staat in de MvT.<sup>107</sup> Daarom is in lid 2 bepaald dat het toezichthoudend orgaan, in het geval onverhoopt gegronde redenen aanwezig mochten zijn om daaraan te twijfelen, aan de OK kan verzoeken aan de bindende voordracht het bindende karakter te ontnemen. De rechter kan dat doen als hij van oordeel is dat het toezichthoudend orgaan bij de benoeming van betrokkene niet langer aan de eisen van artikel 40 lid 1 onder b (natuurlijk persoon, onafhankelijk en kritisch) voldoet.<sup>108</sup> Opvallend is dat in de brief 'Ruimte en rekenschap' nog stond dat de gebonden voordracht niet langer passend werd geacht.<sup>109</sup> Ook de Zorgbrede Governance-code ontraadt een voordrachtsrecht.<sup>110</sup> Volgens de MvT is het wetsvoorstel in overeen-

104 RVZ 2009 (zie noot 70), p. 39. Zie ook Freek Lapré in *Het Financieel Dagblad*, 27 april 2009.

105 Overigens gold art. 7 WMCZ alleen voor rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW. Het wetsvoorstel is ruimer, zie art. 39.

106 Zie hierover Sijmons 2010 (zie noot 5), p. 636. Onder de WMCZ werd dit al aangenomen op basis van *Kamerstukken II 1992/93*, 23 041 nr. 3, p. 29.

107 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 62 en 144.

108 Mocht dit zich voordoen, dan zal de cliëntenraad de gelegenheid moeten worden geboden een nieuwe bindende voordracht te doen. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 144.

109 *Kamerstukken II 2008/09*, 32 012, nr. 1, p. 12. Cliëntenraden kregen wel het recht om met de opgestelde profielschets van de leden van het toezichthoudend orgaan en het bestuur in te stemmen.

110 Zie de toelichting bij art. 4.4.2 ZGC. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008 (*De Grote Rivieren*), JOR 2008, 302 (m.nt. M. Holtzer).

stemming met de WMCZ, de wens van de Tweede Kamer en de wens van cliëntenorganisaties.<sup>111</sup> Anders dan de WMCZ biedt het wetsvoorstel met artikel 41 lid 2 wel meer waarborgen. Overigens is mijn advies om de gronden van Boek 2 BW te gebruiken. Alternatief zou kunnen zijn een voordrachtsrecht in de vorm van een aanbevelingsrecht zoals artikel 2:158 BW dat kent.<sup>112</sup>

## 7.2 Enquêtebevoegdheid

Momenteel bepaalt artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi dat, indien een instelling de rechtsvorm van vereniging of stichting heeft, de statuten aan een orgaan dat de cliënten vertegenwoordigt de bevoegdheid moeten toekennen tot het indienen van een enquêteverzoek bij de OK wegens wanbeleid van de instelling.<sup>113</sup> In dit wetsvoorstel komt het enquêterecht – en dit is een opvallende wijziging<sup>114</sup> – rechtstreeks toe aan de cliëntenraad (ongeacht de rechtsvorm van de aanbieder); de zorgaanbieder hoeft hierover geen bepalingen in de statuten op te nemen. Artikel 41 lid 3 van het wetsvoorstel bepaalt dat een cliëntenraad de bevoegdheid heeft tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 BW. “Met deze bepaling is het niet meer mogelijk dat zorgaanbieders in de statuten voorwaarden stellen die het indienen van een enquêteverzoek voor een cliëntenraad praktisch onmogelijk maken”, aldus de MvT.<sup>115</sup>

De laatste jaren is verschillende keren opgemerkt dat een cliëntenraad niet geschikt is om een enquêteverzoek in te dienen. Cliëntenraden komen naar de mening van Houwen niet direct in aanmerking vanwege hun gebrekkige representativiteit en deskundigheid, het gebrek aan rechtspersoonlijkheid, het niet bieden van een reëel kostenverhaal en het risico van lichtvaardig gebruik van het zware enquêtemiddel.<sup>116</sup> Op basis van dit wetsvoorstel komen de kosten van een enquêteprocedure voor rekening van de zorgaanbieder.<sup>117</sup> Overigens heeft de OK in 2010 twee keer op verzoek van de cliëntenraad een onderzoek naar het beleid van een zorginstelling bevolen.<sup>118</sup> Lichtvaardig gebruik blijkt hier niet uit.

Voorts wordt deze bevoegdheid van de cliëntenraad uitgebreid naar alle rechtsvormen. De MvT noemt als reden dat bij bv's aandeelhouders weliswaar al de mogelijkheid hebben om een enquêteverzoek in te dienen, maar hun invalshoek zal een andere zijn dan die van de cliëntenraad van zo'n bv.<sup>119</sup>

## 8 Conclusie

Over de paragraaf ‘Goed bestuur’ in het licht van Boek 2 BW valt het nodige te zeggen. Het wetsvoorstel wekt de indruk dat bij het opstellen van de bepalingen alleen de stichting tot

111 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 62.

112 Zie ook Houwen 2005 (zie noot 46), p. 1232.

113 Zie ook 2.2.3 ZGC.

114 I. Zaal, ‘De cliëntenraad en het enquêterecht’, *TRA* 2010, 103.

115 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 145. Zie ook p. 66.

116 Houwen 2005 (zie noot 46), p. 1233.

117 Zie art. 34 lid 5 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 67.

118 Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010 (*Zorgcentra de Betuwe*), *JOR* 2010/187; Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010 (*Sherpa*), *TvGR* 2011/4, *JOR* 2010/188 (m.nt. L.G. Verburg).

119 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 145.

uitgangspunt is genomen en dat weinig is nagedacht over de consequenties van de voorgestelde bepalingen wanneer van andere rechtsvormen gebruik wordt (of gebruik zal worden) gemaakt in de zorgsector. Gezien de intrede van andere rechtsvormen in de zorgsector en de verwachte ontwikkeling dat dit alleen maar zal toenemen, zal daaraan in mijn ogen in het wetsvoorstel aandacht moeten worden besteed. Naar mijn mening is het niet aan te bevelen, zoals artikel 40 doet, te eisen dat de statuten van zorgaanbieders een aantal waarborgen moet bevatten. Dwingende regels zouden hun grondslag moeten vinden in de wet. Bovendien zou het wenselijk zijn dat, wanneer het wetsvoorstel afwijkt van de dwingende bevoegdheidsverdeling in Boek 2 BW, hiervoor een rechtvaardiging zou worden gegeven. In mijn ogen zijn sommige afwijkingen van Boek 2 BW niet altijd noodzakelijk. Meer inzicht in de motivering van de gemaakte keuzes is dan wenselijk. Aangezien de toelichting bij het wetsvoorstel op een aantal punten te wensen overlaat, zou een belangrijk verbeterpunt aan het wetsvoorstel een uitgebreidere toelichting zijn. Dit kan de noodzakelijke duidelijkheid geven. Kortom: dit kan beter.